

中 国 法 官 的 心 路 报 告

F A G U A N D E F A L I

法官的法理

转型期中国法院的困局与变途

田成有 著



NLIC2970844039

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

FA GUAN DE FA LI

法官的法理

转型期中国法院的困局与变途

田成有 著



NLIC2970844039

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法官的法理：转型期中国法院的困局与变途 / 田成有著.
—北京：中国法制出版社，2013.4
ISBN 978 - 7 - 5093 - 4255 - 8

I. ①法… II. ①田… III. ①法院 - 工作 - 中国 - 文集
IV. ①D926.2 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 000426 号

策划编辑 张 岩

责任编辑 潘孝莉

封面设计 杨泽江

法官的法理：转型期中国法院的困局与变途

FAGUAN DE FALI: ZHUANXINGQI ZHONGGUO FAYUAN DE KUNJU YU BIAN TU

著者/田成有

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2013 年 4 月第 1 版

印张/13.5 字数/350 千

2013 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4255 - 8

定价：38.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010 - 66031119

网址：<http://www.zgfsz.com>

编辑部电话：010 - 66022958

市场营销部电话：010 - 66033296

邮购部电话：010 - 66033288

—— 前言 ——

法官是个思想者和实证者的职业

在很多人眼里，法官执行法律，手握法槌，身穿法袍，一纸判决，冤案昭雪，大笔一挥，人头落地，正义得以伸张，万民得以臣服，这个职业应该很有“权力”、很有“威力”，法官应该感觉很“爽”、很“过瘾”。

然而，做法官多年，困惑、迷茫增多，想法和思考也在增多。

扒开表层的浮华，放在漫长的历史长河审视，中国没有独立的法官职业，依法办事、法律至上的法治传统欠缺；新中国成立，摧毁国民党反动旧法，法律的传承和继承遭到破坏，司法是在“一穷二白”的状况下展开；到了文革，“砸烂公检法”，无法无天，法制荡然无存，整个法律体系、法院建设、法官队伍遭到毁灭性的打击。中国法官身上的“三座大山”，预示了中国的法治之路不会一帆风顺，注定了这个职业会异常坎坷、曲折。

如今，中国特色的社会主义法律体系已经形成，从“立法时代”步入“司法时代”，从“法制时代”向“法治时代”全面加速，法治建设进入到一个全新的发展阶段。但执法状况、法制环境仍不尽人意，法治之路依然沧桑和艰难。一方面，人们为改革开放以来法治取得的巨大进步而感到无比的欣慰，另一方面，

矛盾纠纷数量攀升、类型剧增，冲突频度、烈度今非昔比。有些案子，无论你怎么判，民众就是不信，法官自认为已经判得公正了，可民众就是不买账、不领情，就是不相信司法公正。

每每听到一些最赤裸的话语表达对法官职业的愤慨和不满，看到人们用过激的行为表达对判决的不服和对法官的伤害，特别是发生一些令人痛心的失误、失算、“贪渎”时，不知该怎样描绘法官的职业前景，该怎样去捍卫法官的职业尊荣。

这到底是转型社会免不了带来的阵痛，是人治历史惯性发展所必然的沿袭，还是“社会生命”已经现出整体性崩溃的征兆，抑或法官自身的不争气、不努力必然遭受的果报。作为一个经历者、见证者、实践者、思考者，有责任清醒、理性、客观、忠实地把它记录下来，把“功课”做好，留给大家慢慢品尝、感悟。

法官是一个什么职业？为何社会对司法存在着如此的陌生、误解、偏见和傲慢，本书要对这个问题有个交代。

为什么法官辛辛苦苦办案，当事人还是不满意、不领情、不买账？这其中的牢骚、抱怨、指责，到底有多大的合理性？根源何在？本书要对这些现状有个分析。

当下中国法律面临着一场革命性的自我重建，承担着转型秩序的治理任务。法官应该追寻什么道路？我们进行了哪些与时俱进的创新与探索？哪些是我们值得弘扬和注意的问题？本书也要实事求是地进行回应。

法官是思想者的职业。

职业绝不表示每天到法院工作8小时，每月能按时领取一定的工资养家糊口；职业也不意味着掌握了某种权力，可以呼风唤雨、为所欲为。社会的转型、多元，案件的交织、复杂，百姓的

期待与担忧，如何从自身的职业焦虑与困扰中挣脱出来？如何看清中国法治发展的清晰全貌与走向？如何认清自身的职业特征？如何定位好法院与历史发展、社会期望的关联性与结合点？如何处理好法律与国情、法律与民意、法律与政治、法律与社会之间的矛盾，走出一条既符合自身司法规律，又适合中国国情发展的特色之路？这些都需要法官有思想、有思考。只有思想，才能看清这些问题，只有思考，才有办法解决这些问题。

伟大的职业需要有伟大的思想，法治的实现不会凭空而来，得靠人类伟大的思想和智慧。在通往法治的道路上，我们也许会倒下，但唯有思想能汇成战胜无知、战胜自我的历史长河，这种长河会穿越山川险峰，找到正途。思想是前行的力量，“与其诅咒黑暗，不如燃亮灯火”。法官要做个思想者。

法官是实证者的职业。

伟大的思想既需要降临于理想主义与英雄主义身上，更需要降落在不屈不挠的付出和不畏艰难的实践与担当之中。法官执行、运用法律，是法律的执行者、操作者。法治作为一项实践的事业，不靠幻想、不靠冥想、不靠停留在书本上的呼喊和宣言，法治的点滴进步必须是实际的行动和艰难的推动。法官深深镶嵌于这个国家的法治脉络中，适用法律的过程、状态是当下中国法治发展的缩影、反照，除了熟悉和运用法律，更要洞悉社会发展变化，关注社会治理困局，以高瞻的远识、自觉的责任、坚定的勇气，明知艰难而为之。法官得忍受、承担比其他人更多的苦痛和烦恼，包括使命和责任，得把横亘在通往正义之路上的各种困惑和问题一一加以消除。法官要做个实证者。

今天的法官面对着日益恶化的司法环境，面对着大国日益崛

起的法治梦想，面对从来没有遇到的新问题。这些问题如美国哲学家威廉·詹姆斯所说：“人的难题，不在于他下一步要做什么，而是他到底想成为一个什么样的人。”如果想成为这样的人，法官应该给出像样的而不是标准的答案，法官应该努力探寻而不是迷惑我们前行的方向。

我想这就是时代留给法官的“功课”，这就是我写本书的动因，这也是我在法院工作以来思考和实践的印迹。

目 录

学理篇

- 中国法官的前世今生 / 003
- 中国法官的形象与角色 / 009
- 期待中国法治华丽转身 / 014
- 中国社会主义司法的“特色”道路 / 020
- 大国崛起中的法治走向 / 027
- 中国领导人的法治思维 / 034
- 哪里找寻司法正义 / 045
- 坚守对法律正义的信仰 / 052
- 中国司法的群众路线 / 060
- 人民法院的“人民性” / 064
- “马锡五审判方式”的现实价值 / 069
- 法官不是“官”，是“教师”、“医生” / 073
- 法官的“平民化”角色 / 077
- 让法治理念入脑入心 / 080
- 执法的“十条”铁律 / 088
- 法官的政治智慧 / 094
- 法律思维、道德思维和政治思维 / 099

- 法官的四重修炼 / 105
- 法官安身立命的六种素质 / 114
- 法官的德性 / 120
- 超越法条之外的人文素养 / 123
- 法官学习、培训的进步阶梯 / 130
- 法院文化建设的外显与内隐 / 135
- 司法公信力下降的文化省思与执法困境 / 149
- 不能让法律无力，权威无存 / 155

裁判篇

- 司法权威的建立重在严格执法 / 165
- 裁判的最高目标是案结事了人和 / 169
- 摇摆的判决只会动摇司法的权威 / 172
- 法官眼中的事实和证据 / 176
- 裁判文书应成为说理的典范 / 179
- 裁判文书是法官最杰出的作品 / 183
- 法律适用中的情、理、法融合 / 187
- 影响法官裁判的诸多情形 / 192
- 不能接受的几种裁判 / 196
- 适用法律的特殊情形 / 198
- 遵循法律还是超越法律 / 203
- 规范法官自由裁量权 / 209
- 如何应对“司法强拆” / 217
- 法官讲话的艺术和技巧 / 222
- 驾驭庭审的技巧和策略 / 227

法官和律师的相处之道	/ 232
小额速裁诉讼的妙用	/ 242
人民陪审员的优势及发展	/ 249
法院调解工作的喜与忧	/ 259
民众信访与纠纷解决之道	/ 267

实践篇

社会管理中的五大问题、五大对策	/ 275
社会管理创新中的法院作为	/ 281
环境司法专门化和公益诉讼的云南实践	/ 289
联动与能动：环境保护的必由之路	/ 301
环境保护中的能动司法	/ 310
大力弘扬服务性执法	/ 319
让司法更公开、透明	/ 326
让“庭审走进民众心中”	/ 331
“案多人少”的困局与对策	/ 337
法官负重的压力	/ 343
法院报告的审议和沟通	/ 347
民意的形成与表达	/ 352
民意对司法的影响与互动	/ 356
高度关注被“关注”的案件	/ 364
置于互联网时代的司法审判	/ 370
法院的宣传、营销与公关	/ 376
“全媒”时代法院的舆情应对	/ 380
做好新闻发言人	/ 392

最具法治意味的行政诉讼 / 396

推动行政首长出庭应诉 / 401

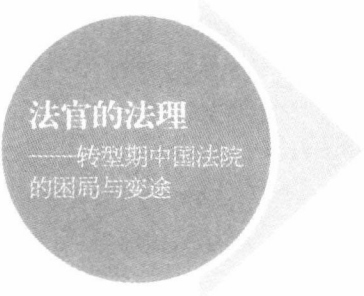
加强司法和行政的联动、互动 / 405

推动白皮书发布工作规范化 / 409

法官的写作、思考和研究 / 413

注重法院调研成果的转化利用 / 418

后记 / 422



法官的法理

——转型期中国法院
的困局与变途

学理篇



中国法官的前世今生

在历史发展的长河中，中国法官是个什么形象？经历了哪些沉浮变迁？得有个纵向交代和历史把握。

中国法官最早的始祖名叫皋陶。据说其貌不扬，甚至有些怪异。《荀子》一书中说他的脸像削瓜之皮，呈青绿之色。《淮南子》则说他的吻部突出，一张马脸，而且居然还是个“喑哑无言”之人。皋陶审判案件，依赖于一头神兽，名为獬豸。这头神兽最突出的特点是头上长着一根独角，每当案件疑难，不能决断时，皋陶会把这头神兽牵上来，由神兽用它的那根独角“触不直者而去之”，判断是非真伪，獬豸神兽断案的传说，显然形象地反映出中国古代司法裁判具有的某种“神判”风格和神秘色彩。

有文字记载的中国历史，对“法官”的称谓，据考证最早出现在战国的《商君书》中。“天子，置三法官；殿中，置一法官；御史，置一法官及吏；丞相，置一法官。诸侯、郡、县皆各为置一法官及吏，皆此秦一法官。郡、县、诸侯一受宝来之法令，学问并所谓。吏民知法令者，皆问法官。”这意思是说，天子设置三个法官，宫殿中设置一个，御史设置一个，丞相设置一个。诸侯和郡县也为他们各设置一个法官和法吏，全都比照秦都的法官。诸侯、郡县一旦接受禁室的法令，就如同学习询问法令的内容。官吏和百姓想知晓法令的，都询问法官，所以天下百姓、官吏没有不知晓法令的人。

此时所讲的“法官”，不是我们现代意义上说的“法官”，而是一种制作及保管法律文本的官职，和现代所指的“法官”

还是两回事。

比较而言，西方的法官职业诞生得很早。意大利波伦尼亚的法学教育在11世纪末即已大放异彩，在13世纪末，几乎所有西方国家的较大型大学都有一座法学院。韦伯曾在阐述西方专业官吏的兴起时说，由于司法程序的发展，欧洲的法律专家迅速崛起成为一种职业，司法程序的细密化决定了法官在国家中具有重要的地位。

在中国长达两千多年的封建社会里，中国一直没有形成西方意义上的职业法官。司法官与行政官不分，行政长官同时兼理司法，皇帝既是最高的行政长官，同时对案件又拥有最高的裁判权。中央虽然有专门的司法机构（如秦汉时期的廷尉，秦汉后的大理寺、刑部、御史台），但这些机构都要受行政机关的限制和领导。

在漫漫的历史长河中，历朝历代审判案件的官员，有叫过廷尉、大理、推官、判官、司理、司法等等，无论称呼、叫法如何变化，但始终不是专门的司法官员，而是行政官员，无论是在中央，还是在地方，司法权完全消融在行政权中，司法者只不过是作为权力者的手段而附属于当政者，只有一些兼职从事司法工作的人员，比如讼师、书吏、刑名幕友（又称师爷）等等。

自商代以降，虽然出现过李悝、商鞅、张汤、卫觥、刘颂、柳宗元、王安石这样的学法、用法之人，但这些官员所接受的教育和训练基本上还是儒家的经典和道德礼仪，而不是把法律作为一种真正的专门学问来学习、钻研和训练。如沈家本评价的“国无专科，群相鄙弃”。无安身立命之地，还遭到各种鄙视。司法权不独立，法官地位不独立，吏、户、礼、兵、刑、工六部的分工，事实上也只能算是事务上的分工，而不是审判权的分立或独立。

近代以降，鸦片战争后，清廷开始效仿西方国家的宪政制度，随着西学东渐，清末出现了大量的法政学堂以及留学研习的法政潮流。经过清末的官制改革，法律人作为一个群体在近代中国得以产生，司法才逐渐与行政趋向分立，法官作为一种专门的

职业才在中国大地出现，并日益受到人们的重视和认识。

在清朝末年，清政府着手进行审判独立的尝试，将“刑部著改为法部，专任司法。大理寺著改为大理院，专掌审判”。改革的尝试驱使晚清政府开始从德、日等国移入法官制度。宣统元年《法院编制法》及所附的《法官考试任用暂行章程》、《司法区域分划暂行章程》颁布实行，明确了法官的任职资格及选任机制，从制度上规范了法官必须具备综合素质标准，确定法官以考试作为主要选任方式。法官录用不仅有职业化的要求，而且，审检各厅“一切官员”委用由中央法部直接管领，通过考试制度及中央人事控制。

清末民初的改革，可以看成是我国法官职业化的初步。但由于历史条件的限制，许多法律都只停留在书面上还没来得及实施，即使已经实施也未发生过实际的作用。陈夏红在其《百年中国法律人剪影》一书这样评论，除却梁启超、伍廷芳等少数精英外，最早的法律人多半沦为那个时代政治斗争的牺牲品。因而，法官制度在近代中国的移植仅是形式上的实现，制度设计的本来目的并未得到有效实现，司法的权威无从树立，反而平空添出许多衙署、许多官缺、许多名目。

到了民国时期，经过晚清司法改革，延续了近两千多年的行政司法合一、行政控制司法的基本格局终于被打破，司法趋向独立。这一时期法官作为一种独立的职业，司法的专业化开始受到人们重视。法官的任职资格也达到苛刻的程度，任免法官比任免一般行政官吏的条件大大提高。但近代中国大多数官员和民众习惯了传统的一元权力治理体系，对三权分立机制缺乏必要的认识和理解，近代法官地位依然陷入被漠视或者混淆的境地，其法官社会地位也无法得到有力的彰显。督军一怒，法官有可能逃之夭夭，地方长官不高兴，就有可能派兵包围法院，在当时的国运下，有些法官不仅经济上腐败，而且精神上堕落。一些法官，卖身求荣，依附于国民党，组成特种刑事法庭，在“依法审判”的假面下，对革命党滥施刑罚。所以，国民政府时期，司法受政

治影响大，法官地位还是有限。

针对国民党的独裁统治，毛泽东 1944 年 6 月答中外记者问时强调：“中国的缺点就是缺乏民主，应在所有领域贯彻民主。”在中华人民共和国成立前夕，中共中央发出指示：“原推事、检察官、书记官长一律停止原来的职务……在打碎旧的反动的国家机器时，这部分人必须去掉。”

1949 年是中国法律人的分水岭。既有远走美国的，如顾维钧，亦有随国民党迁居台湾的，如第一个将《德国民法典》翻译成英文的王宠惠、国民党政府法制局局长王世杰，也有选择留在解放区，追随中国共产党建设新中国的罗隆基、王造时、杨兆龙、李浩培、韩德培等，甚至不乏钱端升这样放弃哈佛访学机会而选择留在中国大陆的。

新中国成立后，旧政府所仿效的德日式司法体制，被彻底改造，按照苏联模式，中国建立了全新的苏式体系。中共中央废除国民党反动派的“六法全书”，刷新审判机关，彻底废除了法律人赖以安身立命的法律体系。在随后的“司法改革运动”中，司法系统内的从业人员被当作旧法人员而被扫地出门，大量谙熟法律的人员逐步从法院队伍中清洗除掉，取而代之的是由那些阶级立场坚定但却并不熟悉法律的人担任法官。

1951 年的《人民法院组织暂行条例》和 1954 年的《人民法院组织法》颁布后，法官的人民性得到了高度强调。为了保证司法的政治性、人民性。旧司法人员不得任人民法院的审判员，法院干部的补充，必须由各级党委调配一些立场坚定、观点正确和熟悉政策的老干部充任骨干。政法工作强调要贯彻群众路线，放手发动群众，搞群众运动：“政法工作不是一种只坐在屋子里办公事、搞文牍的工作，而是一种与群众运动相结合的实际工作，要指导与密切联系群众，通过群众依靠群众来推进工作。”其后，司法逐渐形成了一套便民、灵活的走群众路线的司法制度，包括人民陪审员制度、公开审判制度、辩护制度、就地审判制度、巡